

O Embrião Humano e a Constituição Brasileira de 1988

Elizabeth Maria de MOURA*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O embrião humano. 2 Identidade genética. 3 Vida humana pré-natal e vida humana pós-natal. 4 Embriões humanos "*in vitro*", embriões humanos "*in utero*" e princípio da Igualdade. 5 O embrião humano e o princípio da dignidade da pessoa humana. 6 O embrião humano e a Constituição da República. 7 Conflito aparente entre inviolabilidade do direito à vida e atividade científica. 8 O embrião humano e a pesquisa científica. 9 O embrião humano e o devido processo legal. 10 O embrião humano e o princípio da Igualdade perante o Juiz. 11 Legislação infraconstitucional de proteção ao embrião humano. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** Atualmente, por causa dos novos conhecimentos científicos, o estudo do *embrião humano* e da *vida humana*, de quando ocorre o seu início e de como o direito positivo brasileiro disciplina a matéria, tornou-se muito importante. Neste artigo discorreremos sobre estes temas.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Embrião humano. Vida humana. Dignidade da pessoa humana. Constituição.

Introdução

Neste ano de 2008, em que a Constituição da República Federativa do Brasil completa 20 anos, temos muito para comemorar. O Brasil passou por inúmeras transformações desde a sua promulgação, muito já foi feito, mas, por outro lado, muito ainda está por fazer para que a nossa Lei Maior seja realmente concretizada¹.

* Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Médica. Advogada. Autora do livro "O Devido Processo Legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito".

¹ Na lição de Canotilho, "concretizar a Constituição" traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu

Um dos principais temas dessa concretização está *sub judice* no Supremo Tribunal Federal e aqui me refiro à *vida humana* e à *inviolabilidade* a este direito, o mais fundamental de todos os direitos fundamentais, sem o qual não há sequer a possibilidade de existência e de previsão legal de outros direitos.

Neste ponto observamos que necessário é escrever sobre a *vida humana* desde o seu início e, consequentemente sobre os *embriões humanos*. O assunto apresenta vários aspectos, tais como: jurídico, médico, ético, social, moral, religioso, cultural, filosófico.

Neste artigo abordamos o tema sob os pontos de vista médico e jurídico, porquanto os dois se complementam e estão relacionados de modo indissociável, segundo nosso entendimento.

Muitas questões atinentes a estes assuntos são respondidas pela *Embriologia Clínica*, setor da Medicina que estuda o *embrião humano*. Em nosso pensar, é o mais belo de todos os capítulos da Medicina, sendo imprescindível o conhecimento de alguns pontos fundamentais para todos os que se dispõem a trabalhar com o tema.

O estudo dos *embriões humanos* interessa sobremaneira ao Direito, pois é ao Direito que com-

enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais, teremos o resultado final da concretização. Esta 'concretização normativa' é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado 'técnico' do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a constuição de uma norma jurídica". Explica ele, outrossim, que "densificar uma norma" significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam pois associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto" (CANOTILHO, 1993, pp. 202 – 203).

pete a função de disciplinar todas as atividades humanas em um Estado Democrático de Direito.

"Cuando se trata de imponer deberes o prohibiciones pienso que conviene no olvidar que la eficacia de los códigos éticos es sumamente precaria, sobre todo por lo que respecta a su vigencia social integral. Es por ello que las normas morales requieren siempre el auxilio de la fuerza coactiva del orden jurídico", argumenta Ernesto Garzón Valdéz (VÁZQUEZ, 2002, p. 61).

Para melhor estudar o tema, sem termos pretensão alguma de esgotá-lo, inicialmente expomos alguns dados cientificamente comprovados, referentes ao estudo embriológico, para depois explanar, conforme nosso entendimento, o modo como o direito positivo brasileiro disciplina a matéria.

1 O embrião humano

"Quem observa o crescimento das coisas desde o início, terá melhor visão delas."

Aristóteles, 384 – 322 a. C.

George W. Corner, médico embriologista, explica que *"a fecundação de um óvulo por um espermatozóide é um dos maiores prodígios da natureza, um evento no qual, de modo magnífico, pequenos fragmentos da vida animal são conduzidos à sua finalidade, a origem de um ser vivo [grifamos]"* (CORNER *apud* MOORE, 1973, p. 23).

Keith L. Moore, médico, ensina que *"o desenvolvimento é um processo contínuo que se inicia quando o óvulo é fecundado por um espermatozóide e termina na morte. É um processo de modificações e crescimento que transformam o zigoto unicelular em um ser humano adulto multicelular"* (MOORE, 1973, p. 1).

Moore explica, outrossim, que o *zigoto* é a célula que *"resulta da fertilização de um óvulo por um espermatozóide; é o início do ser humano"*².

Observamos que, segundo Blakiston (p. 252), concepção em biologia *"é a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, que ocorre na mulher em ge-*

ral do 12º ao 15º dia depois do primeiro dia da menstruação".

Blakiston (op. cit., p. 434) explica, outrossim, que fertilização é o ato de fertilizar, é a união dos gametas masculino (espermatozóide) e feminino (óvulo)³.

Gilbert Hottois, filósofo e filólogo, comenta a problemática relativa à legitimidade e às condições da manipulação, com ou sem finalidade terapêutica, de corpos humanos ou de suas partes em diversos estados, desde o *corpo embrionário* [grifo nosso] ao corpo morto, pela biomedicina, em *sociedades pluriculturais de economia de mercado* [grifamos] (HOTTOIS; MISSA, 2003, p. 190).

Hottois debate a questão com base no fato *cientificamente conhecido e comprovado* de que o corpo de cada *pessoa* começa por ser processo e experiência de metamorfoses do *zigoto* [grifamos] à senescência, passando pela adolescência (op. cit., p. 196).

Os gametas ou células germinativas masculina (espermatozóide) e feminina (óvulo) são células sexuais altamente especializadas. Cada uma contém a metade do número normal de cromossomos da espécie humana, ou seja, cada uma possui 23 cromossomos⁴. São as células haplóides. O número total de cromossomos nas células de seres humanos normais é 46. São as células diplóides⁵.

Um dos resultados da fecundação é a fusão das duas células germinativas, que são haplóides (óvulo e espermatozóide), é a formação do *zigoto*, célula diplóide com 46 cromossomos, o número normal de cromossomos na espécie humana⁶.

Acima referimos a explicação de Keith L. Moore de que o *zigoto* é o início do *ser humano*. Frisamos que é *uma única célula*. Todos os seres humanos, inclusive nós (sim, refiro-me a nós – a mim, que escrevo este artigo, e à senhora ou ao senhor que o está lendo agora – fomos *zigoto* no início de nossas vidas), fomos formados a partir de *uma única célula*, que contém respectivamente o genoma de cada ser humano que ela origina. Em outras palavras: no

³ BLAKISTON. op. cit., p. 434.

⁴ MOORE, Keith L. op. cit., p. 12.

⁵ MOORE, Keith L. op. cit., p. 23.

⁶ MOORE, Keith L. op. cit., p. 23.

zigoto já está presente o *genoma* de cada um, pois é função dele (genoma) a *programação genética* que inicia, forma e desenvolve cada ser humano. E, para que isto ocorra, o *zigoto* terá, *necessariamente*, de estar vivo.

Deus, a natureza, a biologia, a genética, ou seja lá em que acreditemos, forma os seres humanos a partir de *uma única célula* e isto está *cientificamente provado e demonstrado*.

2 Identidade genética

Atualmente a Ciência Genética estuda o genoma humano. Segundo Jean-Noël Missa, médico e filósofo, a cartografia do genoma humano consiste em um conjunto de operações que visam balizar o genoma, com a finalidade de facilitar a seqüenciação da totalidade dos três mil milhões de nucleotídeos que o compõem. São utilizadas duas técnicas, a saber: a cartografia genética e a cartografia física⁷.

A cartografia genética estuda a probabilidade de transmissão hereditária de caracteres e a cartografia física analisa fisicamente o genoma, faz seu balizamento, com o objetivo final de determinar a ordem dos nucleotídeos no DNA. A cartografia física é realizada no conhecido exame de DNA⁸.

Esses exames de cartografia física do DNA (ácido desoxirribonucléico) são utilizados e reconhecidos juridicamente nas ações de investigação e de reconhecimento de paternidade e também na solução de alguns processos penais. Trata-se do conhecido "exame de DNA".

Devemos lembrar que para esses estudos podem ser utilizadas quaisquer células do corpo humano, de modo que não são necessárias as células do *embrião humano*.

As moléculas de DNA são a base química dos genes que, por sua vez, estão situados nos cromossomos. O conjunto de 46 cromossomos da espécie humana forma o *genoma humano*. Sabe-se que toda a informação genética está armazenada no DNA, esclarece Arthur Ham, médico⁹.

Esses conhecimentos e técnicas de ponta permitem estabelecer a *identidade genética* de cada pessoa, informa Bruno Leclerc¹⁰.

É oportuno esclarecer que a *identidade genética* de cada *pessoa humana* é constituída pelo DNA contido em seus genes que, por sua vez, estão em seus cromossomos, cujo conjunto forma o seu *genoma*. A cartografia física do DNA é o exame que permite que se conheça essa *identidade genética*.

Neste ponto já podemos chegar a algumas conclusões, porquanto se o que permite que se saiba a *identidade genética* de cada ser vivo é o seu *genoma*, se o *genoma humano* confere a *identidade genética* aos seres humanos (cada espécie de animal ou de vegetal tem um tipo de DNA próprio e diferente do DNA das outras espécies), se cada uma das células de um ser humano (exceção feita aos gametas, que só contêm a metade – 23 cromossomos) contém o *genoma* completo que identifica aquela determinada *pessoa humana*, se o *zigoto* já contém o *genoma humano* daquela *pessoa* que ele *está formando*, haja vista que ele contém a programação genética responsável pela formação daquela *pessoa*, e se o *genoma* continua o mesmo para cada *pessoa* durante *toda a sua vida*, isto significa que o *zigoto* é mesmo uma *pessoa humana* em sua fase inicial de vida, isto é, em sua fase inicial de desenvolvimento.

Dito de outro modo: o *zigoto* contém o *genoma humano*, o patrimônio genético daquela *pessoa humana*, que é único, próprio dela, intransferível e irrepetível (exceção feita aos gêmeos univitelinos – os gêmeos idênticos), com a programação genética para que todo o seu organismo se forme e se desenvolva, que a acompanhará por *toda a sua vida*, e isto constitui a *identidade genética* de cada *pessoa humana*, desde que ela era um microscópico *zigoto*.

3 Vida humana pré-natal e vida humana pós-natal

"Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa [grifamos] como na pessoa [grifamos] de qualquer

⁷ HOTTOIS; MISSA, op. cit., p. 385.

⁸ HOTTOIS; MISSA, op. cit., p. 385.

⁹ HAM, 1977, pp. 57 a 59.

¹⁰ HOTTOIS; MISSA, op. cit., p. 478.

² MOORE, Keith L. op. cit., p. 1.

outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”.

Emanuel Kant.

A vida humana divide-se em dois períodos: a *vida pré-natal* e a *vida pós-natal*. O nascimento é um evento dramático durante o desenvolvimento, porém devemos acentuar que, além do crescimento, importantes modificações ocorrem depois do nascimento e continuam a ocorrer até a velhice, explana Keith Moore¹¹.

Durante a *vida pré-natal*, a *pessoa humana* que se está desenvolvendo terá várias denominações de acordo com a sua idade, a saber: 1) *zigoto*, 2) *mórula*, 3) *blastocisto ou blástula*, 4) *embrião*, 5) *feto*. Acentue-se que os mais importantes avanços no desenvolvimento acontecem durante os dois primeiros meses de *vida pré-natal*, sustenta Moore¹².

Observamos que existem nomes diferentes para cada fase da *vida pré-natal*, que são os acima referidos, do mesmo modo que ocorre na *vida pós-natal*: recém-nascido, lactente, criança, adolescente, jovem, adulto, idoso.

Embora o termo *embrião* seja frequentemente usado para pequenos *seres humanos* com menos de quatro ou mais de sete semanas, esses estádios não são incluídos no período embrionário, que se estende desde o início da quarta semana até que o embrião atinja a extensão de 30 mm. Com frequência este cumprimento é alcançado cerca de 49 dias após a fecundação¹³, explana Moore.

Depois que tudo isso ocorre, aproximadamente no início da oitava semana, inicia-se o período fetal e vai até o nascimento, quando tem início a *vida pós-natal*¹⁴.

Marie-Hélène Pariseau, bióloga e filósofa, explica que “por ‘pré-embrião’ designam certas pessoas etapas do desenvolvimento do *embrião humano* [grifamos] com menos de quatorze dias. Esta denominação visa permitir, do ponto de vista de uma ar-

gumentação que pretende ser científica, a legitimação, no plano ético, da experimentação no *embrião humano* [grifo nosso] com menos de quatorze dias. Deste modo, o pré-embrião é apresentado mais como material biológico do que como sujeito potencial” (HOTTOIS; MISSA, op. cit., p. 533).

Observamos que, na fase inicial de sua vida, o *embrião humano*, ao contrário do que pensam algumas pessoas, tem, sim, a forma humana. O que ocorre é que a sua forma e as suas dimensões são compatíveis com a sua pouca idade. Do mesmo modo que o neonato ainda não tem dentes e tanto o seu sistema imunológico como o seu sistema nervoso ainda não estão completamente desenvolvidos e não é por estas características que ele deixa de ser uma *pessoa* normal. Isto porque o que é considerado normal para os seres humanos, obviamente dentro de certos critérios médicos, varia de acordo com a faixa etária da *pessoa*.

4 Embriões humanos “in vitro”, embriões humanos “in utero” e princípio da Igualdade

“Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito – *justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”

D. 1.1.10 pr. - Digesto de Justiniano

Os dados acima relatados assumem importância relevante quando se trata de *embriões humanos “in vitro”*, consoante nosso entendimento. E isto ocorre porque esses *embriões humanos* são exatamente iguais – tanto em estrutura anatômica, quanto em dimensões – aos *embriões humanos* concebidos dentro do corpo materno.

A proteção jurídica conferida pelo direito positivo brasileiro não se restringe apenas ao *embrião humano “in utero”*, haja vista que a concepção normalmente ocorre na trompa de Falópio¹⁵ e depois o *zigoto* migra para o útero materno. À medida que

transita a trompa, o *zigoto* vai-se desenvolvendo, vai crescendo em dimensões e em número de células, passa por *clivagem*, até formar uma estrutura chamada *mórula* (aproximadamente após três dias à *fecundação*) e entra no útero da mãe, onde ocorre a nidação, que é a fixação do *embrião humano* na parede uterina¹⁶.

Em nosso pensar, fere o princípio da Igualdade a tutela jurídica unicamente para *embriões humanos* concebidos dentro do corpo materno. Ocorre discriminação entre os *embriões humanos* concebidos dentro do corpo materno e os que são concebidos em laboratório. Todos são *embriões humanos*, ou seja, são *pessoas humanas* em seus primeiros dias de *vida pré-natal*.

Devemos observar que os *embriões humanos “in vitro”* possuem o *genoma humano* como os *embriões humanos* concebidos no corpo materno, eles se desenvolvem do mesmo modo, com as mesmas estruturas anatômicas, com as mesmas dimensões (embora sejam microscópicas nessa fase), com a mesma cronologia e têm a sua *identidade genética* própria, ou seja, são *pessoas humanas* em formação e em desenvolvimento. O que diferencia os *embriões humanos “in vitro”* dos *embriões humanos* concebidos no interior do corpo materno é apenas o local da concepção. Todos eles são *seres humanos* e estão vivos.

Em se tratando de *embriões humanos*, entendemos ser importante ressaltar que a Constituição da República, no inciso IV de seu artigo 3º, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos [grifamos], sem preconceitos de *origem* [grifamos], *raça*, *sexo*, *cor*, *idade* [grifo nosso] e quaisquer outras formas de discriminação”.

Do citado artigo constitucional, depreende-se que os *embriões humanos*, uma vez que se encontram na condição de *pessoas humanas* em desenvolvimento e portanto estão vivos, tanto os concebidos no organismo materno, quanto os concebidos em laboratório, não poderão sofrer discriminação em ra-

ção de sua pouca idade, nem do local ou da forma em que foram concebidos, segundo nossa compreensão.

Estabelecer diferentes tratamentos para *embriões humanos* em razão do local onde foram concebidos, em nosso pensar, é discriminação e fere totalmente o princípio da Igualdade, consagrado no caput do artigo 5º da Constituição da República.

Nosso questionamento é o seguinte: Será que seria possível uma matéria inanimada ser implantada no útero de uma mulher e originar um ser humano? E isto porque: ou existe *vida*, ou não existe *vida*, “*tercium non datur*”. Se existe *vida*, o *embrião humano “in vitro”* é um *ser humano vivo* e, por outro lado, se não existe *vida*, trata-se de matéria inanimada. Sabe-se, portanto, que, para formar um ser humano, o *embrião humano “in vitro”* terá, obrigatoriamente, de estar vivo, pois a matéria inanimada não forma e não desenvolve seres humanos.

5 O embrião humano e o princípio da dignidade da pessoa humana

“Conhecer as leis não é reter as palavras delas, mas a sua força e majestade – *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”.

D. 1.3.17 – Digesto de Justiniano.

Maria Cláudia Crespo Brauner, jurista, afirma que a ideia de dignidade humana está presente em nossa cultura desde tempos imemoriais e, atualmente, na era da tecnologia, ela se faz presente e se contrapõe frontalmente ao domínio da técnica sobre o homem, à ideia de *reificação* ou instrumentalização do corpo, da *vida* [grifamos] e da liberdade humana¹⁷.

Todos os seres humanos merecem respeito em virtude de sua qualidade intrínseca de pertencerem à comunidade humana. Essa qualidade é *irrenunciável* e *inalienável*, pois constitui um elemento a qualificar o *ser humano* como tal e, portanto, deve ser protegida, promovida e fortalecida pelo Direito¹⁸.

¹¹ MOORE, op. cit., p. 01.

¹² MOORE, op. cit., p. 01.

¹³ MOORE, op. cit., p. 54.

¹⁴ MOORE, op. cit., p. 01.

¹⁵ MOORE, op. cit., p. 22.

¹⁶ MOORE, op. cit., p. 29.

¹⁷ BRAUNER, 2003, pp. 168 e 169.

¹⁸ BRAUNER, op. cit., p. 169.

Trata-se de princípio absoluto, a *dignidade da pessoa humana* e, neste sentido, entende-se que a *pessoa humana* é um *minimum* invulnerável que deve ser assegurado por todo estatuto jurídico, pois ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, essa opção não poderá *nunca* sacrificar ou ferir o valor da *pessoa humana*¹⁹.

No mesmo sentido o entendimento de Sarlet, ao afirmar que “a constatação de que a *dignidade da pessoa humana* [grifo nosso] é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, da comunidade em geral, de todos e de cada um, constitui uma condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade” (SARLET *apud* BRAUNER, op. cit., p. 169).

O inciso III do artigo 1º da Constituição da República estabelece a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Ora, fundamento é base de sustentação, é alicerce, o que significa que a *dignidade da pessoa humana* é um dos valores basilares de nosso ordenamento jurídico, de maneira que *toda* a legislação pátria, incluindo a própria Constituição, terá este valor como diretriz, conforme nosso pensamento.

Observamos que tanto a República quanto a Democracia são originadas no princípio da Igualdade, que, por seu turno, origina o princípio da Liberdade, visto que não há hierarquia entre iguais, não é lícito que uma *pessoa humana* seja proprietária de outra *pessoa humana*²⁰.

Ora, não há a possibilidade de se garantir a *inviolabilidade do direito à vida*, à *liberdade* e à *igualdade* sem se pensar em *dignidade da pessoa humana* como valor basilar e fundante de nosso ordenamento jurídico²¹.

“Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é idéia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um *conteúdo* como pretendido”, argumenta Humberto Ávila (ÁVILA, 2006, p. 79).

A conclusão a que se chega é que a defesa da *dignidade da pessoa humana* deve permear toda a discussão que envolva a biotecnologia e a necessidade de fixação de limites precisos a assegurar a proteção da *pessoa humana*, em sentido integral, independentemente de sua condição social, cultural, racial, sexual, religiosa, pondera Maria Cláudia Brauner²².

6 O embrião humano e a Constituição da República

“Não vamos nos esquecer nunca de que é uma Constituição que nós estamos interpretando – *We must never forget that is a constitution that we are expounding* – *Macloc v. Maryland*, em 1819”.

Juiz Marshall

No art. 1º da Constituição da República, em seu inciso III, está consagrado o princípio da *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o que significa que toda a Constituição e toda a legislação infraconstitucional terão de ser interpretadas à luz desse princípio, consoante nosso pensamento.

A Constituição da República determina, no *caput* do seu artigo 5º, que “*Todos* [grifamos] são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a *inviolabilidade do direito à vida* [grifamos], à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” nos termos de seus incisos e parágrafos.

O parágrafo 3º deste mesmo artigo determina que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, *serão equivalentes às emendas constitucionais* [grifamos]”.

O Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, em seu Capítulo II, que trata dos direitos civis e políticos, em seu artigo 4º trata do direito à vida e no inciso número um deste mesmo artigo prescreve o seguinte: “*Toda pessoa* [grifamos] tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direi-

to deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Neste ponto já é possível o entendimento de que, por determinação constitucional, temos uma Emenda Constitucional a determinar que a vida humana seja protegida a partir do momento da concepção.

Gilmar Mendes afirma que o constituinte reconheceu que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, ao considerar ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 6º, § 4º)²³.

Ele sustenta que “se se pretende atribuir aos direitos individuais a eficácia superior à das normas meramente programáticas, então deve-se identificar precisamente os contornos e limites de cada direito, isto é, a exata definição do seu âmbito de proteção”²⁴.

Não é raro que a definição do âmbito de proteção de determinado direito dependa de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais e que muitas vezes a definição do âmbito de proteção somente será conhecida com o confronto com eventual restrição a esse direito, explana Gilmar Mendes²⁵.

Com o fito de realizar a sistematização, pode-se afirmar que a definição desse âmbito de proteção exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos tendo em vista: a) “a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*)”, b) “a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e identificação das *reservas legais de índole restritiva*”²⁶.

No direito pátrio, consiste em *direito indisponível* o direito à vida, como também é *direito indisponível* o direito ao próprio corpo e aos próprios órgãos, e isto vale “*erga omnes*”.

No que respeita aos *embriões humanos*, a discussão ficou reduzida à questão de se *saber* em que momento ocorre o início da *vida de um ser humano*,

pois é a partir deste momento que se inicia a proteção do direito pátrio a eles.

Em se conhecendo o fato de que a *vida humana* começa com a concepção – como nos esclarece a Embriologia Clínica – e, uma vez que a Constituição da República, no *caput* do seu artigo 5º, ao determinar a *inviolabilidade do direito à vida*, não restringe expressamente esta proteção à *vida pós-natal*, mas o faz tutelando a *vida humana* em sua totalidade (*vida pós-natal* e *vida pré-natal*, o que inclui os *embriões humanos* “*in vitro*”), em nosso entendimento, a tutela constitucional inicia-se com o início da *vida humana*, que ocorre no momento da *concepção*.

O Código Civil, em seu artigo 2º, determina que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, *desde a concepção* [grifamos], os direitos do nascituro”.

Em nosso pensar, a proteção consagrada no artigo 5º da Constituição da República é bem mais ampla do que a do Código Civil, que está a ela subordinado.

Celso Bastos explana que “não se dá conteúdo à Constituição a partir das leis”, o que significa que a fórmula a ser adotada para a explicitação dos conceitos opera sempre “de cima para baixo”, o que confere segurança à suas definições²⁷.

Ele explica, outrossim, que a interpretação constitucional nunca deve ser feita de modo inverso, porquanto “procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição”²⁸.

As afirmações feitas acima valem para todo e qualquer ramo do direito infraconstitucional, inclusive para o Direito Civil. Neste sentido, cremos ser oportuno referir o seguinte esclarecimento de Canotilho: “no âmbito dos direitos fundamentais, nem sempre será possível o recurso a tais critérios civilísticos; sob pena de, a pretexto de se aplicar a regra da capacidade de fato, terminar-se por *restringir indevidamente direitos fundamentais* [grifamos]”²⁹.

“Não é a personalidade que justifica a titularidade de direitos por parte do ser humano, antes é a *qualidade de ser humano* [grifo nosso] que envol-

¹⁹ SANTOS, 1999, p. 94.

²⁰ MOURA, 2007, p. 45.

²¹ MOURA, op. cit., p. 45.

²² BRAUNER, op. cit., p. 169.

²³ MENDES; COELHO; BRANCO, 2002, p. 198.

²⁴ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 198.

²⁵ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 212.

²⁶ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 212 e 213.

²⁷ BASTOS, 1999, p. 101.

²⁸ BASTOS, op. cit., p. 102.

²⁹ CANOTILHO *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 168.

ve a natural titularidade de certos direitos e que, conseqüentemente, justifica o reconhecimento da personalidade jurídica: *a personalidade jurídica é sempre uma consequência e nunca a causa da titularidade de direitos inatos ao ser humano* [grifamos], pondera Paulo Otero (OTERO, 1999, p. 44).

"A vida [grifamos], a possibilidade de ir e vir, a manifestação de opinião e a possibilidade de reunião preexistem a qualquer disciplina jurídica", afirma Gilmar Mendes³⁰.

Na doutrina de Canotilho³¹ aprendemos que somente se deve falar em uma restrição de direitos quando há uma efetiva limitação do âmbito de proteção desses direitos. Para que seja possível afirmar que existe uma autêntica restrição de direitos, necessário é que se desenvolva um procedimento metódico com o fim de iluminar as seguintes interrogações:

1. Existe uma efetiva restrição no âmbito de proteção de norma consagradora de um direito, liberdade e garantia?³²

2. Existe uma *autorização constitucional* para essa restrição?³³

3. Há correspondência desta restrição com a necessidade de *salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*?³⁴

E, somente no caso de serem afirmativas todas as respostas referentes às perguntas acima referidas, é feita a seguinte indagação:

A lei restritiva observou os *requisitos* expressamente estabelecidos pela Constituição: necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstração, não retroatividade, garantia do núcleo essencial?³⁵

A Constituição da República protege a *inviolabilidade do direito à vida* nos termos dos incisos e parágrafos do seu artigo 5º. Verificamos, portanto, que a Constituição não restringe a proteção da *vida humana* à aquisição da personalidade civil nem a nenhuma outra condição preestabelecida, nem

restringida, por legislação infraconstitucional. Teria de permitir expressamente alguma restrição para que fosse possível ao legislador infraconstitucional positivá-la.

Em nossa compreensão nem mesmo é admissível interpretação da própria Constituição que restrinja o que o seu artigo 5º não permitiu *expressamente* que fosse restringido.

"Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Público*, que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado", declara Hesse (*apud* MENDES, 1998, p. 33).

"A garantia de inviolabilidade da vida humana impõe ao poder público o dever de preservar o direito à *vida* [grifamos] pré-natal e pós-natal de todos e até de modo reforçado quanto mais frágil for essa manifestação de *vida humana* [grifamos] ou mais insuficiente ou débil for o seu titular", entende Ives Gandra (MARTINS *apud* OTERO, op. cit., p. 38).

"É que a Constituição não se limita a reconhecer um direito de vida, enquanto expressão de conservação de uma *vida* [grifamos] já nascida, envolvendo também a garantia de um direito à vida, traduzido no desenvolvimento de todas as manifestações de *vida humana* [grifo nosso], incluindo o *direito ao nascimento* [grifamos]", pondera Rabindranath Sousa (SOUSA *apud* OTERO, op. cit., p. 38).

Em decorrência do acima exposto, entendemos que a legislação infraconstitucional não poderá permitir a eliminação de nenhuma *vida humana*, seja em que fase for, tanto na *vida pré-natal*, quanto na *vida pós-natal* por afrontar diretamente a inviolabilidade do direito à *vida* estabelecida no "*caput*" do artigo 5º da Constituição da República.

7 Conflito aparente entre inviolabilidade do direito à vida e atividade científica

"A ciência (procurada mediante a crítica e conduzida com método) é a porta exígua que conduz à doutrina da sabedoria".

Emanuel Kant

No inciso IX do artigo 5º da Constituição da República está prescrito que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, *científica* [grifamos] e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

Inicialmente observamos que a liberdade disciplinada neste inciso, obviamente está sujeita à legislação vigente no País, ou seja, não é absoluta nem irrestrita. Além disto, essa *liberdade científica* não é sujeito de direitos em face de nossa legislação. As *pessoas humanas são sujeitos de direitos* em face do direito positivo brasileiro.

A Constituição assegura, no *caput* do seu artigo 5º, os direitos ali estabelecidos, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, ou seja, às *pessoas humanas*. Estas é que são os titulares dos direitos fundamentais, explicita José Afonso da Silva (SILVA, 2006, p. 64).

Como é possível cogitar um direito absoluto à liberdade científica? Direito de *quem*? *Quem* é o titular do direito à liberdade científica? O artigo 5º da Constituição da República disciplina "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", ou seja, as *pessoas humanas*, individual e coletivamente consideradas, são titulares desses direitos, *sempre* com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que a Constituição não prevê *nenhuma exceção* a este princípio, consoante nosso entendimento.

O artigo 218 da Constituição da República, em seu parágrafo primeiro, determina que "a pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o *bem público* e o progresso das ciências".

Isto significa, segundo penso, que todas as pesquisas científicas deverão ter as duas finalidades concomitantemente: o bem público e o progresso das ciências, ou seja, é necessário saber se determinadas pesquisas científicas interessam às pessoas humanas, consideradas coletivamente. Os possíveis resultados serão benéficos para todas as *pessoas humanas*?

Devemos referir que a *Ciência*, como também o seu *progresso*, são conceitos indeterminados, abstratos, pois são criações cerebrinas do homem e são *objetos de direito*. As *pessoas humanas* são os *sujeitos de direito* destinatários do artigo 5º da Constituição. O *objeto de direito* se submete ao *sujeito de*

direito e não ocorre o inverso em face do direito positivo brasileiro.

"Sujeito do interesse é o homem, o bem é o seu objeto" na lição de Moacir Amaral Santos (1992, p. 4).

Eis o nosso questionamento: É possível, perante o direito positivo brasileiro, que um *objeto de direito* tenha *interesses* ou que tenha *liberdade*? Segundo entendo, *isto não é possível*, porquanto o direito positivo brasileiro não abriga tal *absurdo jurídico*. Deste modo, não é possível falar-se em liberdade da Ciência, nem em interesse da Ciência em face do direito pátrio.

O que está estabelecido na Constituição da República é a *inviolabilidade do direito à vida* das *pessoas humanas*, de acordo com o princípio da *dignidade da pessoa humana* e o direito que essas mesmas *pessoas humanas* têm ao progresso das ciências tendo em vista o bem público, segundo entendemos.

"Sempre que exista uma situação de concorrência aplicativa ou de tensão entre, por um lado, os valores da dignidade da pessoa humana e, por outro lado, quaisquer outros princípios, tem sempre de prevalecer a solução dotada de maior conexão imediata ou diretamente baseada na dignidade humana e na inviolabilidade dessa mesma vida", entende Jesus Gonzáles Pérez (PÉREZ *apud* OTERO, op. cit., p. 45).

Se analisarmos o artigo 218 da Constituição e seu parágrafo primeiro, constatamos que, em realidade, está prescrito que *todas as pessoas humanas* têm direito ao progresso das ciências, respeitados o princípio da *dignidade da pessoa humana* e a inviolabilidade do direito à *vida*, na medida em que este progresso atenda ao interesse das *pessoas humanas* coletivamente consideradas, direta ou indiretamente, e não apenas de alguns indivíduos ou de alguns pequenos grupos de indivíduos isoladamente considerados porque isto seria discriminatório, o que a Constituição veda expressamente em seu artigo 3º, IV, em que determina que constitui um dos objetivos fundamentais da república Federativa do Brasil promover o bem de *todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, consoante nosso entender.

³⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 215.

³¹ CANOTILHO, 1993, p. 601.

³² CANOTILHO, op. cit., p. 602.

³³ CANOTILHO, op. cit., p. 602.

³⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 602.

³⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 602.

De tudo o que foi acima exposto, depreendemos que não há conflito algum de interesses, sendo em alguns casos um conflito apenas aparente, já que os titulares dos direitos mencionados são as *personas humanas* e que *todas* são os titulares dos mesmos direitos concomitantemente.

8 O embrião humano e a pesquisa científica

No que se respeita aos *meios* de pesquisa científica, devemos indagar: *Quem* e/ou *quê* poderá ser objeto dessas pesquisas? Em quais circunstâncias, em que condições é permitida, em face do direito positivo brasileiro, a pesquisa científica com *seres humanos*? E com *seres humanos vivos, incapazes de expressar o seu consentimento ou a falta dele*? E quando se *sabe*, *a priori*, que essas indigitadas experiências inexoravelmente causarão a *destruição* e, *consequentemente*, a *morte desses seres humanos*³⁶ (é fato notório, cientificamente comprovado e tutelado pelo Direito que somente é possível matar quem está vivo) *incapazes de manifestar a sua vontade*?

“A regra do consentimento permite o respeito pela pessoa” afirma Marie-Hélène Parizéau. Ela entende que as categorias de pessoas incapazes de consentir estão agrupadas sob o termo “populações vulneráveis”³⁷.

Ela explica que “a experimentação no *embrião humano* [grifamos], *strictu sensu*, consiste em adquirir conhecimentos biomédicos de ordem cognitiva ou terapêutica por intermédio de *estratégias experimentais* [grifamos]”³⁸.

Importante é explicitar que a experimentação no *embrião humano* implica, necessariamente, a destruição dele após a sua manipulação, relata Marie-Hélène Parizeau³⁹. Certos cientistas chamaram pré-embrião ao *embrião humano* com menos de quatorze dias. Esta expressão foi objeto de críticas, pois o termo induz a uma “dessubjetivização” do *embrião humano* nos seus estádios de desenvolvimento mais precoces, comenta Parizeau⁴⁰.

³⁶ HOTTOIS; MISSA, op. cit., p. 138.

³⁷ HOTTOIS; MISSA, op. cit., p. 178.

³⁸ HOTTOIS; MISSA, op. cit., p. 307.

³⁹ HOTTOIS; MISSA, op. cit., p. 534.

⁴⁰ HOTTOIS; MISSA, op. cit., p. 308.

Edith Deleury, jurista, sustenta que o compromisso ético em que é baseada a aceitação da superprodução de *embriões humanos* e do seu congelamento conduz a um raciocínio em cascata: a lógica obrigaria a aceitar, consequentemente, a doação e a *experimentação* no *embrião humano* e finalmente a sua destruição, haja vista que o *embrião humano* objeto de experiências não poderá ser reimplantado e que a consequência será a destruição desse *embrião*⁴¹.

Esse encadeamento apresenta riscos e, portanto, suscita algumas questões. “Não seremos conduzidos a *coisificar* [grifamos] o embrião? Não haverá uma contradição com o postulado de base, que é o do respeito pela dignidade da vida humana: primazia do desejo, primazia da tecnociência ou ética mínima?”, questiona Deleury⁴².

Em nosso modo de entender o assunto, a resposta é clara e evidente: em face do direito positivo brasileiro essas pesquisas *não são permitidas*. Isto significa que não se pode fazer *estudos experimentais*, que na verdade são *experiências*, com *personas humanas no início de suas vidas*, ou seja, durante a *vida pré-natal*, e neste período estão incluídos os *embriões humanos*. A vedação constitucional inicia-se quando se inicia a *vida humana*, o que ocorre no exato momento em que há a concepção e se forma o *zigoto*.

9 O embrião humano e o devido processo legal

“Como se se acendesse de repente uma luz, abriram-se as folhas de uma janela, violentamente separadas, nela apareceu um homem delgado, de débil aspecto àquela distância e àquela altura, que se inclinou para fora e estendeu os braços ainda mais distantes para a frente. Quem era? Um amigo? Uma criatura bondosa? Alguém que participava de sua aflição? Alguém que queria socorrê-lo? Era ele o único? Era ainda possível alguma ajuda? Não haveria objeções de

⁴¹ HOTTOIS; MISSA, op. cit., p. 311.

⁴² HOTTOIS; MISSA, op. cit., p. 311.

que se tinham esquecido? Com certeza que as havia. É certo que a lógica é inquebrantável, mas não se pode opor a um homem que quer viver [grifamos]. Onde estava o juiz que nunca tinha visto? Onde estava o alto tribunal ante o qual nunca comparecera?”

O Processo – Franz Kafka

Um Estado de Direito possui as seguintes características: submissão ao império da lei, a divisão dos poderes, o enunciado e a garantia dos direitos individuais, na lição de José Afonso da Silva⁴³. Geraldo Ataliba acrescenta mais uma característica a um Estado de Direito: a *submissão à jurisdição*⁴⁴.

No inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República está prescrito que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal* [grifamos]”, e seu inciso LV determina que “aos litigantes, em *processo judicial* [grifamos] ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e a *ampla defesa* [grifo nosso], com os meios e recursos a ela inerentes”. Verifica-se que o *devido processo legal* aplica-se a *todos os processos judiciais* em que existam litigantes ou acusados. Observamos que a norma não comporta *nenhuma exceção*⁴⁵, consoante nosso entendimento.

Por “*litígio* entende-se a demanda proposta em justiça, quando é contestada”. Deste modo, somente há litígio em processo contencioso quando há formação de juízo para discussão da causa, afirma de Plácido e Silva (1991, p. 100).

Todas as consagrações de direitos individuais estabelecidas pela Constituição da República supõem a existência de alguns direitos básicos da *pessoa humana* [grifo nosso], os quais pairam até mesmo acima do Estado, pois este tem como um de seus fins principais a garantia desses direitos, expõe Vicente Greco Filho (1993, p. 15).

Verificamos, outrossim, que não há a previsão de *pena de privação da vida* em nosso *devido proces-*

⁴³ SILVA, 1999, pp. 116 e 117.

⁴⁴ ATALIBA, 1985, p. 94.

⁴⁵ MOURA, 2000, p. 80.

so legal, com uma única exceção, que é a do inciso XLVII do artigo 5º da Constituição da República⁴⁶.

A Constituição de 1988 é a primeira Constituição pátria a prescrever de maneira expressa a garantia do *devido processo legal*. Ela adotou esse princípio e os princípios que dele derivam do *due process of law* positivado no direito dos Estados Unidos da América, que por sua vez o “herdou” do *due process of law* consagrado no direito inglês, e compatibilizou esses princípios ao ordenamento jurídico brasileiro, pois ele apresenta características próprias. Houve, com essa compatibilização, a adaptação do *due process of law* e dos princípios dele advindos ao sentimento de Justiça do povo brasileiro, segundo nossa compreensão⁴⁷.

Dentre os vários princípios originados pelo *due process of law*, estão os seguintes: 1. o direito de ser informado da natureza e causa da acusação (*fair notice*), 2. o direito do acusado de ser confrontado com as testemunhas favoráveis e com as adversas e 3. direito a um processo compulsório para obter as testemunhas em favor do acusado (Emenda nº 6 da Constituição dos Estados Unidos). Estas garantias são decorrência do princípio do contraditório e da ampla defesa, prescritos no texto da Constituição de 1988. A eficácia da tutela jurisdicional de um direito subjetivo necessita, *sempre*, da informação, em concordância com normas processuais. Por isto, o titular da situação antagônica a quem aforou a ação judicial deverá ser informado a respeito do aforamento da ação⁴⁸.

Além das indigitadas garantias expressas, existem as garantias implícitas decorrentes da prescrição contida na 9ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, a determinar a inclusão, aos direitos individuais, dos direitos que já estão mantidos pelo povo.

⁴⁶ Art. 5º, XLVII da CR – “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”. Art. 84 da CR – “Compete privativamente ao Presidente da República: XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional.”

⁴⁷ MOURA, op. cit., p. 84.

⁴⁸ TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, pp. 28 e 29.

Essa emenda, segundo Siqueira Castro, adota a teoria jusnaturalista de direitos "pré-constitucionais" e "pré-estatais", a serem observados pelo Estado⁴⁹.

Entre as garantias implícitas, consoante explica Siqueira Castro, existe o direito a ter "o seu dia na corte" (*his day in the Court*), o direito a ser ouvido o quanto antes em audiência judicial (*prompt hearing*), o direito a contraditar argumentos e a conhecer e se pronunciar sobre os documentos juntados pela acusação, o direito de qualquer suspeito de infração criminal ser notificado pela autoridade policial da sua prerrogativa de poder permanecer calado e de *ser assistido por um advogado nomeado pela Justiça*, caso não tenha condições de contratar um profissional habilitado a proporcionar a sua defesa⁵⁰.

Em nossa Constituição estas garantias estão compreendidas no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), no princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) e também no princípio da igualdade processual (incisos LV e LXXIV do art. 5º), princípios que integram o *devido processo legal* brasileiro⁵¹.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está positivado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, com a seguinte redação: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Celso Bastos denomina o referido princípio de "princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário" e afirma que não existem exceções a este princípio na legislação pátria⁵².

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação, segundo Nelson Nery Jr. (1997), tem como destinatário principal o legislador, embora o comando constitucional seja dirigido a todos, o que significa que nem o legislador nem outra pessoa qualquer poderá impedir o jurisdicionado de ir a juízo⁵³.

⁴⁹ CASTRO, 1989, p. 36.

⁵⁰ CASTRO, op. cit., pp. 36 a 38.

⁵¹ MOURA, op. cit., p. 92.

⁵² BASTOS; MARTINS, 1988, pp. 169 a 174.

⁵³ MIRANDA apud NERY JR., op. cit., p. 84.

Além destas garantias, outras estão positivadas nos incisos do artigo 5º da Constituição da República, que trata "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

Consoante entendimento de Willis Santiago Guerra Filho, tanto a filosofia do Direito, quanto a teoria do Direito apontam no sentido de uma reflexão sobre os procedimentos por meio dos quais ele é realizado, com a preocupação de estabelecer parâmetros de Justiça e racionalidade para balizá-los. A Justiça e a racionalidade deverão ser alcançadas, pelo Direito, por intermédio dos referidos procedimentos⁵⁴.

Guerra Filho faz referência à doutrina do filósofo norte-americano John Rawls, segundo a qual a Justiça está *indissoluvelmente ligada* ao procedimento de sua realização, daí a idéia que Rawls busca em Brian Barry, de uma "Justiça Procedimental"⁵⁵.

Atualmente a cláusula do *devido processo legal* é entendida como o direito ao *procedimento adequado*, porquanto o processo deve ser conduzido sob o comando do contraditório, deve ser adequado à realidade social e deve, outrossim, atender adequadamente à relação material controvertida⁵⁶.

Na ordem jurídica brasileira, em nosso pensar, o *devido processo legal* apresenta conteúdo processual, pois disciplina normas de conteúdo processual e apresenta, também, conteúdo material, haja vista que a Constituição declara ser um direito fundamental a *todos os brasileiros* e estrangeiros residentes no país a proteção de seus direitos, seja aos que invoquem a tutela jurisdicional, ou seja referente a processos administrativos⁵⁷.

Se partirmos do entendimento de que *todas as pessoas humanas* têm direito ao *devido processo legal* nos casos em que seus direitos estão ameaçados, e que o bem de *todos* deve ser promovido sem preconceito de *origem*, de *raça*, de *sexo*, de *cor*, de *idade*

⁵⁴ GUERRA FILHO, 2002, p. 49.

⁵⁵ GUERRA FILHO, op. cit., p. 49.

⁵⁶ MOURA, op. cit., p. 95.

⁵⁷ MOURA, op. cit., pp. 63 e 64.

ou de qualquer outra forma de discriminação, a conclusão lógica que deflui de tudo o que foi acima exposto é que o *embrião humano*, bem como o nascituro, em todas as fases de sua *vida pré-natal* têm direito ao *devido processo legal* sempre que a sua *vida* ou os seus interesses sejam ameaçados. E, nesses casos, todos os princípios e garantias que compõem o *devido processo legal* devem ser observados, posto que o contraditório e a ampla defesa lhe são *constitucionalmente* garantidos e assegurados.

10 O embrião humano e o princípio da Igualdade perante o Juiz

"Quem está no útero é protegido igualmente, como se estivesse *in rebus humanis*, todas as vezes que se pergunta das vantagens do próprio parto: embora de modo algum favoreça a outro antes de nascer – *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*".

D.1.5.7 – Digesto de Justiniano

Decorrência lógica do princípio da Igualdade perante a Lei, estabelecido no *caput* do artigo 5º da Constituição da República, é o princípio da Igualdade perante o Juiz⁵⁸, estabelecido no artigo 125, I do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

"O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento."

As pessoas *absolutamente incapazes* o são também para estarem por si mesmas em juízo, pois lhes falta a capacidade processual, é dizer, falta-lhes *legitimatío ad processum*, leciona Moacyr Amaral Santos (1992, p. 350).

Em uma relação processual em que essas pessoas sejam partes, pela sua absoluta incapacidade,

serão elas representadas pelos seus representantes legais: pais, tutores ou curadores⁵⁹.

De acordo com o artigo 9º do Código de Processo Civil, "*será dado curador especial: I – ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele*".

Importante é verificar que, uma vez que a *vida* protegida pelo *caput* do artigo 5º da Constituição da República não se restringe à *vida pós-natal*, até porque é necessário que o período de *vida pré-natal* transcorra para que a *vida pós-natal* possa acontecer, portanto, são incapazes menores todos os nascituros, em *todas* as fases de sua *vida pré-natal* desde o *zigoto*, incluindo *embriões* e *fetos*, segundo pensamos.

Verificamos que em alguns processos penais o sujeito passivo é o feto: no crime de auto-aborto (art. 124 do CP) e no aborto provocado por terceiro, em que o feto e a gestante são sujeitos passivos.

Há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a proteção jurídica existe desde a fecundação: "Pode ocorrer aborto desde que tenha havido a fecundação" (STF, RTJ 120/104).

Isto significa que a *pessoa humana* pode ser parte em um processo segundo a legislação brasileira desde o início de sua *vida*, que ocorre no instante da fecundação, segundo depreendemos do que foi acima exposto.

Nascituro é o que vai nascer e isto inclui *zigotos*, *embriões humanos "in utero"*, *embriões humanos "in vitro"*, embriões e fetos normais e também os portadores de alguma anomalia, em nosso entender.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu o direito de um feto de entrar com uma ação judicial para garantir o atendimento médico da mãe. Nem o referido tribunal, nem o Superior Tribunal de Justiça têm conhecimento de casos semelhantes⁶⁰.

No direito romano, o nascituro não era considerado ainda um ser humano, pois era considerado parte das vísceras do corpo da mulher. Entendiam

⁵⁹ SANTOS, op. cit., p. 350.

⁶⁰ Fonte: Folha On Line: 08.01.07.

⁵⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1993, pp. 51 e 52.

os romanos que ele ainda não havia preenchido o primeiro requisito para ser considerado ser humano: o nascimento, relata Moreira Alves (1998, p. 95).

Apesar de não terem os conhecimentos científicos que temos hoje, o nascituro, a partir da concepção, já era *juridicamente* protegido no direito romano. Para resguardar o interesse do nascituro (interesses patrimoniais, no direito romano), a mulher que o estivesse gerando podia requerer ao magistrado competente a nomeação de um curador: o *curator ventris*⁶¹.

Em vista disso e com base em princípios enunciados pelos juristas clássicos; havia, no direito justinianeu, "a regra geral de que o nascituro, quando se trata de vantagem em seu favor, se considera como se estivesse vivo (*in rerum natura esse*)", explica Moreira Alves (op. cit., p. 96).

Em face do acima mencionado, constata-se que desde a Antiguidade os nascituros já eram considerados *parte* em processos judiciais quando os seus interesses eram ameaçados. Isto indica, portanto, que a idéia não é nova.

Perante o direito positivo brasileiro, não apenas o *embrião humano*, mas todos os *nascituros*, em todas as fases de sua *vida pré-natal*, desde a concepção, em caso de ter a sua *vida* ou seus interesses ameaçados, têm direito ao *devido processo legal*, para que eles lhes sejam preservados.

Para que sejam cumpridas as determinações constitucionalmente estabelecidas, deve-se reconhecer a sua condição de *pessoa humana incapaz*, ou seja, ele está na condição juridicamente estabelecida de *menor incapaz*, conseqüentemente, tem direito a que o Juiz nomeie um curador de incapazes para defendê-lo em todas as situações em que a sua *vida* e seus interesses sejam ameaçados, inclusive nas causas em que estão em conflito os seus interesses e os interesses de seus pais ou representantes legais e as situações em que a sua *vida* é ameaçada pela própria legislação infraconstitucional.

Em nosso entender, se não lhes for dada a oportunidade de defesa, de pelo menos saber por que e de que fato estão sendo acusados e por que a sua

vida corre o risco de ser eliminada, não estará havendo contraditório. Como é possível haver contraditório e ampla defesa se não há acusação formal e se não há defensor, se há apenas a intenção de eliminar a sua *vida*? E isto tudo com o agravante de que não há pena capital prevista em nosso ordenamento jurídico.

O *devido processo legal* constitui um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, haja vista que para que um Estado seja considerado Estado de Direito, deverá estar submetido à lei e ao controle jurisdicional. Este controle, entretanto, somente poderá ser realizado por meio de um processo estabelecido com princípios democráticos e igualitários, segundo nosso pensar⁶².

Por meio de sua realização, o *devido processo legal* garante a *dignidade da pessoa humana*. Por isto, muito importante é entender o seu conteúdo, sua abrangência e seu alcance na legislação pátria; porquanto nem o legislador infraconstitucional, nem a doutrina, poderão restringir nem modificar por nenhum modo o seu conteúdo; porque ele está positivado entre os direitos fundamentais. É, portanto, consagrado como cláusula pétrea pela Constituição Brasileira, consoante nosso pensamento⁶³.

11 Legislação infraconstitucional de proteção ao embrião humano

"Não é conveniente julgar ou responder com base em uma pequena parte proposta da lei, a não ser que se considere a lei toda – *Incivile est nisi tota lege perspectiva una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*"

D. 1. 3. 24 – Digesto de Justiniano

Consoante exposição de Delmanto *et al.* (op. cit., pp. 248 e 249), o sujeito passivo no crime de auto-aborto (art. 124 do Código Penal) é o feto (posição não pacífica na doutrina) e no aborto provocado por terceiro são o feto e a gestante (arts. 124, 125, 126, todos

⁶² MOURA, op. cit., pp. 133 e 134.

⁶³ MOURA, op. cit., pp. 134 e 135.

do Código Penal). Para estes crimes a ação penal é pública e incondicionada, cabendo ao júri o julgamento (art. 5º, XXXVIII da Constituição da República: "é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a *vida* [grifo nosso]").

Verificamos que a tutela jurídica à *vida humana* inicia-se com a *concepção* e tanto é assim que o Código Penal tipifica o crime de aborto em três artigos (arts. 124 a 126).

Reiteramos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em que a proteção jurídica existe desde a fecundação: "Pode ocorrer aborto desde que tenha havido a fecundação" (STF, RTJ 120/104).

O objeto jurídico tutelado no crime de aborto é a preservação da *vida humana* e, no abortamento provocado por terceiro, também a vida e a incolumidade da gestante⁶⁴, explica Delmanto (2000, p. 248).

O artigo 2º do Código Civil, por seu turno, estabelece que a lei põe a salvo, desde a *concepção* [grifo nosso] os direitos do nascituro.

A que direitos se refere o legislador? Apenas a direitos patrimoniais? Cremos que não. O direito à *vida* é o principal direito a que o legislador se refere, segundo nosso entendimento. Haja vista que, se não for garantida a *vida* do nascituro, ele não terá condições de ser sujeito de outros direitos.

Concluimos, em razão de tudo o que foi acima referido, que não são estranhas ao direito positivo brasileiro a salvaguarda e a garantia aos direitos dos nascituros: desde o *zigoto* e inclui *embriões humanos* e *fetos humanos*, incluindo também os embriões "*in vitro*", formados por meio de fertilização assistida, em nosso enfoque.

MOURA, E. M. de. The human embryo and the Brazilian Constitution of 1988. *Revista Justitia (São Paulo)*, v. 198, p. 167-182 / jan./jun. 2008.

• **ABSTRACT:** Currently, because of the new scientific knowledge, the study of the human embryo and of

⁶⁴ DELMANTO; DELMANTO; DELMANTO JR.; DELMANTO, 2000, p. 248.

the human life, of when it begins and of how Brazilian Law disciplines the subject, became very important. In this article, we discuss about these topics.

• **KEYWORDS:** Human embryo. Human life. Human person dignity. Constitution.

Referências bibliográficas

- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica jurídica e interpretação constitucional*, 2 ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- BLAKISTON. *Dicionário médico*. 2 ed. São Paulo: Organização Andrei Editora Ltda.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal comentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Dicionário jurídico*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- FOLHA on Line: 08.01.07.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- HAM, Arthur W. *Histologia*. 7 ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara Koogan S. A., 1977.
- HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *A nova enciclopédia da bioética*. Tradução de Maria Carvalho. Portugal: Instituto Piaget, 2003.

⁶¹ MOREIRA ALVES, op. cit., pp. 95 e 96.

- KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1 ed. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2002.
- MOORE, Keith L. *Embriologia clínica*. Trad. e adap. do orig. *The developing human – clinically oriented embryology*. Rio de Janeiro: Ed. Interamericana do Brasil Ltda., 1973.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Vol. I. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MOURA, Elizabeth Maria. *O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- _____. "Eutanásia, ortotanásia e doação de órgãos" *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 58, pp. 39 a 50, jan.-mar., 2007.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003.
- OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Lisboa: Almedina, 1999.
- SANTOS, Fernando Ferreira. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo, regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, (compilador). *Bioética Y Derecho, fundamentos y problemas actuales*. 2 ed. México: FCE, ITAM, 2002.